



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções previstas na Lei Federal do Pregão

The proportionality principle in the trial of sanctions in the Federal Law of the Pregão (Brazil)

Marcelo Gonçalves

Resumo: A modalidade de licitação por pregão revela-se um importante meio de simplificação e desburocratização das contratações públicas, sendo amplamente usado pela administração. Todavia, isso deu espaço para o cometimento de fraudes e irregularidades, que prejudicam o bom andamento dos certames, que culminou no enrijecimento das sanções previstas em lei, conforme entendimento do TCU, no Acórdão 754 – plenário. Assim, será analisado se o entendimento do TCU, em afastar a análise do dolo e da culpa dos concorrentes, e desconsiderar o princípio da proporcionalidade, está correto. O método de pesquisa utilizado é o estudo de caso, e o de procedimento bibliográfico. A administração não pode desprezar conceitos mínimos de justiça, como o princípio de proporcionalidade e a responsabilização subjetiva.

Palavras-chave: Licitação. Pregão. Proporcionalidade. Responsabilidade subjetiva.

Abstract: Bidding is a major means of simplifying and reducing bureaucracy, and is widely used by the administration. However, this opens ways for frauds and irregularities, which hinder the smooth running of the events, which culminated in the tightening of sanctions provided for by law, as TCU understands, in Judgment 754 - Plenary. Thus, it will be analyzed if the understanding of TCU, in rejecting the analysis of the intent and guilt of competitors, and disregarding the principle of proportionality, is correct. The research method used is the case study, and the bibliographic procedure. The administration cannot disregard minimal concepts of justice, such as the principle of proportionality, and subjective accountability.

Key-words: Bid. Pregao. Proportionality. Subjective accountability.

Disponível na URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v811p155-170>

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI FEDERAL DO PREGÃO

Marcelo GONÇALVES*

1. Introdução. 2. A licitação na modalidade pregão. 3. A proporcionalidade e a razoabilidade nas punições da lei do pregão. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A contratação com o Poder Público é um importante nicho de mercado para inúmeras empresas. Hoje o investimento público em obras e serviços, é um meio do Estado fomentar a economia nacional, com a injeção de dinheiro na esfera privada. Esses aspectos demonstram a relevância que as licitações possuem no Brasil.

Frente a essa realidade, aconteceu a tentativa de simplificar e desburocratizar as contratações públicas, através da criação da modalidade de licitação pregão, e posteriormente pregão eletrônico. Uma modalidade mais simples, com a finalidade de contratação de bens e serviços comuns.

A modalidade pregão, diante de sua praticidade, vem sendo amplamente utilizada pela administração pública Federal, Estadual e Municipal, o que, apesar de ser extremamente saudável ao ambiente das contratações públicas, criou um ambiente propício a fraudes e irregularidades. A lei do pregão possui mecanismos para punir empresas que prejudiquem o bom andamento dos certames.

Todavia, no anseio de conferir credibilidade e coibir condutas irregulares, o Tribunal de Contas da União, no julgamento do Acórdão 754/2015 – plenário – enrijeceu, excessivamente, a interpretação acerca do exercício do poder polícia pela administração, nos pregões. Isso está criando um cenário propício para que o Estado cometa abusos na punição das empresas, buscando sancionamentos exemplares, dificultando a seleção da proposta mais vantajosa à administração.

O objetivo do estudo é analisar as regras do pregão, expondo, na primeira seção, o histórico e a funcionalidade da modalidade da licitação; e, na sequência, analisar o princípio da proporcionalidade, e o tratamento recebido no julgamento do Acórdão 754/2015 – plenário – do TCU. O método de pesquisa é o estudo de caso, através da análise do posicionamento do Tribunal de Contas da União, tendo como método de procedimento o bibliográfico, através da análise de bibliografias vinculadas ao tema.

* Doutorando em Direitos Humanos pela UNIJUÍ. Mestre em Direito, pela UPF – ano de obtenção: 2020. Especialista em Advocacia Criminal, pela UPF - ano de obtenção: 2017. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UPF - ano de obtenção: 2015. Advogado, inscrito na OAB/RS sob nº 103.166.

O Tribunal de Contas da União e administração não podem simplesmente ignorar o princípio da proporcionalidade, como critério de ponderação na aplicação de sanções a empresas que participem de pregões. A proporcionalidade e a razoabilidade, bem como a análise do dolo e da culpa do agente, são critérios inarredáveis de justiça.

2. A licitação na modalidade pregão

O Estado, para manter e movimentar a sua máquina, é obrigado a interagir com a esfera privada, na aquisição de bens e serviço, indispensáveis ao funcionamento da administração. Essa relação entre esfera estatal e não estatal, deve acontecer de maneira formal, diante do risco de que seja maculada por condutas antiéticas, e beneficiem interesses particulares, ao invés do interesse público.

A obrigatoriedade de licitação está prevista na Constituição da República de 1988¹, para casos de contratação de compras, obras, serviços e alienações, pelo Poder Público, ressaltando algumas hipóteses legais, como a dispensa ou a inexigibilidade de procedimento licitatório. A regulamentação da disposição constitucional foi realizada pela Lei Federal n.º 8.666/1993, um pouco tardia em relação à promulgação da Magna Carta.

A licitação é um procedimento administrativo formal, que deve ser utilizado pela administração, e demais entidades listadas em lei, para contratação com privados (OLIVEIRA, 2017, p. 25). O processo é totalmente formal, diante da obrigatória vinculação ao instrumento convocatório (edital), bem como, a observância do princípio da legalidade. Os objetivos são a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a promoção do desenvolvimento sustentável e garantir a observância do princípio da isonomia².

O Estatuto Geral de Licitações criou várias modalidades de licitação, como a concorrência pública, o convite, a tomada de preços, o leilão e o concurso³. Segundo Pestana (2012, p. 311), cada uma dessas modalidades foi concebida para atender as diversas realidades a qual o universo das contratações públicas está submetido. Isso porque,

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 37. [...]XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

² Lei Federal n. 8.666/1993. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

³ Lei Federal n. 8.666/1993. Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão. [...].

o rito para a contratação de uma obra milionária, para a construção de uma ponte, por exemplo, não pode ser o mesmo adotado para aquisição periódica de medicamentos pelo Ministério da Saúde.

As modalidades de licitação são marcadas por um amplo formalismo. A concorrência pública, destinada à contratação de bens e serviços de alta complexidade e valor, possui um rito que deve demorar, pelo menos, 30 (trinta) dias, entre a publicação do instrumento convocatório de interessados, e a efetiva realização da licitação⁴. Essas modalidades mais custosas à administração, não estavam atendendo às demandas mais simples do Poder Público, como aquisição de produtos para escritório.

Diante disso, a Lei Federal n.º 10.520/2002, criou a modalidade de licitação pelo pregão. A nova modalidade foi trazida com o objetivo de desburocratizar o processo licitatório, reduzindo custos e concedendo agilidade nas contratações, ao mesmo tempo em que gera uma competição mais acirrada entre os interessados, ampliando as possibilidades de participação e de seleção da proposta mais vantajosa (MARINELA, 2018, p. 464).

O artigo 1º, da Lei Federal n.º 10.520/2002, institui a modalidade pregão, que será destinada a aquisição de bens e serviços “comuns”, que são, conforme previsão legal, “[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”.

O artigo 3º, da mesma legislação, refere que a descrição do objeto deve ser realizada de forma clara e concisa, vedada especificações excessivas ou desnecessárias, que limitem a competição⁵. Essa é uma clara observância dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da seleção da proposta mais vantajosa pela administração. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, já tinha publicado a súmula n.º 177, tratando das licitações de forma genérica:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (ata n. 80/1982 – plenário).

⁴ Lei Federal n. 8.666/1993. Artigo 22. [...] § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

⁵ Lei Federal n. 10.520/2002. Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

O valor da aquisição é irrelevante para a adoção da modalidade pregão, por opção legislativa, haja vista que a lei simplesmente optou por não trazer esse critério. Assim, o fato isolado de o bem ser de alto valor, o que pode até torná-lo “incomum”, não impede a utilização do pregão, se ele puder ser individualizado por especificações usuais de mercado. O exemplo clássico é a aquisição de um veículo, um caminhão para utilização pelo Exército Brasileiro, que será de alto valor, porém especificável por critérios usuais de mercado.

A forma de disputa do pregão também é diversa das demais modalidades. A fase interna é muito semelhante aos outros modelos de licitação, envolvendo o estudo prévio da necessidade da contratação, bem como a nomeação de um servidor responsável pelo certame⁶. Todavia, a fase externa é muito diferente.

A principal característica do pregão, que é uma marca de sua simplificação, é a inversão de fases. Enquanto, por exemplo, a concorrência pública primeiro avalia a habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira, da concorrente, para depois analisar as propostas; a modalidade pregão começa pela análise das propostas, para depois avaliar a habilitação da licitante⁷.

Isso se revela um instrumento fundamental para garantir a celeridade do procedimento licitatório, visto que a administração pode se limitar a analisar a extensa documentação de habilitação, apenas, do vencedor, ou seja, da melhor proposta. A relevância disso é acentuada em licitações de produtos extremamente comuns, como itens de escritório, que podem ter inúmeros licitantes. Logo, seria inviável analisar todos os documentos de habilitação, de todos os participantes, para, ao final, somente um ser contratado: o que apresentou a melhor proposta.

Outra diferença acentuada é a fase de lances, e a possibilidade de proposta de preços oral. O rito prevê um credenciamento e a apresentação de envelope com o objeto e a proposta inicial de preços, por escrito. Após aberta a sessão, são rompidos os lances dos envelopes, sendo deflagrado o momento de negociação, que consiste em abrir a oportunidade para que todas as proponentes que tiverem diferença menor

⁶ Lei Federal n. 10.520/2002. Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento; II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. [...].

⁷ O artigo 18-A, da Lei Federal n.º 8.987/1998, que foi inserido em 2005, autoriza, para casos de concorrência pública com a finalidade de concessão de serviços, a inversão de fases, nos mesmos moldes do pregão.

de 10% nas propostas, possam tentar melhorar suas ofertas. Acaso não existam propostas com diferença de até 10%, as três primeiras melhores proponentes poderão apresentar novos lances, sempre buscando o menor preço.

Dessa maneira, a legislação abriu a possibilidade de negociação da administração, com o privado, dentro de um procedimento formal e público. A dinâmica de um pregão é muito interessante, porque, de fato, permite e estimula a administração a contratar a proposta mais vantajosa⁸.

A modalidade pregão vem sendo cada vez mais utilizada por todas as entidades obrigadas a licitar. Essa popularização da modalidade aconteceu, inclusive, pela publicação do Decreto Federal n.º 5.450/2005, que, no artigo 4º, determinou a obrigatoriedade da adoção da modalidade pregão, pela União Federal⁹. Além disso, o Decreto instituiu a modalidade de pregão eletrônico, permitindo a realização do certame de forma não presencial - *on line*. Essa disposição foi reproduzida, recentemente, no artigo 1º, parágrafo primeiro, do Decreto Federal nº 10.024/2019¹⁰.

⁸ Lei Federal n. 10.520/2005. Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...] VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame; VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor; IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos; X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital; XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade; XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes; XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor; [...]

⁹ Decreto Federal n. 5.450/2005. Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. § 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. [...]

¹⁰ Decreto 10.024/2019. Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. §1º

Portanto, pode ser dito, com muita tranquilidade, que a licitação, por meio de pregão eletrônico, é a modalidade mais utilizada no âmbito Federal, exemplo que vem sendo seguido por vários Estados e Municípios brasileiros. Isso é uma consequência lógica da dinâmica das relações entre Poder Público e privado, e da necessidade da máquina estatal se tornar mais ágil e simples, sem descurar os princípios que a regem, em especial, o da moralidade.

A ampliação da utilização de pregões, também, levou ao surgimento de práticas ilícitas ou irregulares, por empresas inidôneas, que prejudicam o bom andamento dos certames. Diante disso, inevitavelmente, a Lei Federal n. 10.520/2002, no artigo 7º, previu sanções a concorrentes que adotarem má conduta nas licitações. Isso é um corolário óbvio da moralidade, aplicável à administração, por expressa previsão constitucional¹¹. A próxima seção será destinada à análise desse aspecto da lei do pregão.

3. A proporcionalidade e a razoabilidade no julgamento das punições da lei do pregão

As medidas punitivas, previstas na lei do pregão, devem observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse ponto, é preciso ter claro que não se trata do uso da proporcionalidade na ponderação de princípios, como técnica de hermenêutica constitucional, mas de analisar a ideia de proporção e razão, no sancionamento de empresas, que incorram nas faltas previstas no artigo 7º, da Lei Federal n. 10.520/2002.

O princípio da proporcionalidade surgiu nos Estados Unidos da América do Norte como forma de controle de constitucionalidade. Na Alemanha, ao contrário, como forma de controle de abusos administrativos (BARROSO, 2019, p. 250). Nesse último que está o foco desse trabalho, ao analisar a proporcionalidade como não necessariamente um princípio, mas na sua faceta de critério de ponderação.

Diante disso, almejando conceder substância ao princípio da proporcionalidade, foi dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, deve existir um vínculo racional entre os motivos, os meios e os fins, da decisão, ou ato administrativo que restrinja direitos (BARROSO, 2019, p. 253).

O binômio necessidade-adequação deve ser contemplado, o que exige verificar a inexistência de meio menos gravoso, para consecução dos fins visados pela medida, o que se traveste no princípio da vedação ao excesso. A ideia de proporcionalidade em

A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória. [...].

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

sentido estrito consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para descobrir se a medida é legítima (BARROSO, 2019, p. 253).

Araújo (2004, p. 21) constata que: “[...] a legitimidade e a validade do ato administrativo encontram limites numa proporção razoável entre a sua extensão e intensidade, de um lado, e a finalidade pública a que se destina, de outro.”. O uso do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade é um juízo de razão entre ação e reação, no sentido de que não pode haver uma reação do Estado mais gravosa, que a consequência da ação ilícita ou irregular da empresa. Ademais, o ônus punitivo imposto à empresa, não pode ser excessivamente prejudicial em relação à irregularidade cometida.

O uso do critério de proporcionalidade, segundo Araújo (2004, p. 23), permite que se faça justiça ao caso concreto, mas que conduz a insegurança jurídica, e perigosos relativismos legais. Todavia, é preciso ser dito, que o medo de uma decisão injusta deve ser maior, que o receio em torno dos relativismos legais. Isso porque, segundo Laus:

A proporcionalidade, desse modo, assegurará, a efetivação e otimização dos direitos fundamentais, principalmente quando entrarem em conflito. Na órbita administrativa, com a utilização do poder de polícia, esse confronto é frequente, uma vez que os órgãos estatais, sob o fundamento de proteger direitos coletivos, muitas vezes afrontam direitos individuais. Somente o uso da proporcionalidade pode conferir ao administrador a segurança de que seu ato, em princípio voltado aos interesses da comunidade não macula direitos fundamentais, de caráter objetivo. (2004, p. 426).

O princípio da proporcionalidade não conta com expressa previsão Constitucional, porém é pacífica sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, como princípio implícito, decorrente da leitura sistemática da Constituição da República, em especial, do artigo 5º, parágrafo segundo¹², e como um corolário óbvio do contraditório e da ampla defesa. Além disso, no tocante ao pregão, tanto no artigo 2º, do Decreto Federal n.º 5.450/2002¹³, quanto artigo 2º, do Decreto Federal n.º

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].

¹³ Decreto Federal n.º 5.450/2005. Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

10.024/2019¹⁴, preveem a incidência do princípio da proporcionalidade, no rito do pregão.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento da ADI n. 855, que versava sobre uma legislação do Paraná, que obrigava o vendedor de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP (gás de cozinha) fizesse a pesagem do botijão, diante do consumidor, utilizou do princípio da proporcionalidade, na forma de critério de ponderação. No julgado, foi reconhecida a constitucionalidade formal da Lei, mas os Ministros do Supremo, apesar disso, ainda declaram a inconstitucionalidade da Lei, porque a sua obrigatoriedade era desproporcional ao fim almejado - proteção do consumidor - pois tornava excessivamente onerosa a atividade de venda de botijão de gás, obrigando o entregador a ter uma balança no caminhão de entregas.

O julgado do STF não possui relação com o objeto desse estudo. Mas serve para demonstrar que o princípio da proporcionalidade é aplicado no Brasil, como razão entre necessidade e adequação. Além disso, também é utilizado como critério de análise entre o direito protegido, e o ônus gerado por essa tutela. No caso do julgado, o excesso de proteção do consumidor, que é uma medida louvável, na realidade, gerava um ônus demasiado grave ao comerciante de gás de cozinha, invertendo a lógica da proporcionalidade e razoabilidade.

Retomando a esfera da administração, Barroso afirma que a proporcionalidade pode ser utilizada para invalidar atos administrativos, ou seja, pode ser utilizado pela Administração Pública, em seus julgamentos:

[...] o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. [...] (2019, p. 254).

¹⁴ Art. 2º. O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

O artigo 7º, da lei do pregão¹⁵, prevê uma série de condutas, como deixar de apresentar um documento, até a falsificação deles. Assim sendo, prevê irregularidades que são mera conduta administrativa, até crimes. Essa situação tão ampla surgiu diante do fato de que o pregão, em razão da sua simplicidade, criou um ambiente muito favorável a fraudes.

Uma das condutas mais danosas ao rito do pregão é a denominada prática de “coelho”. O ilícito consiste em uma empresa, em conluio com outra concorrente, apresentar uma proposta excessivamente baixa na licitação, o que desestimula as demais interessadas, que acabam por desistir do certame. Logo após, a outra empresa em conluio, apresenta a segunda proposta mais baixa, e a primeira, que tinha apresentado a mais baixa, desiste, garantindo a vitória para a outra empresa combinada (Acórdão TCU 754/2015, p. 4).

A prática é criminosa, mas de difícil prova. Todavia, isso poderia destruir com a modalidade pregão. Acaso a administração fosse tolerável a essa conduta, em pouco tempo existiriam apenas duas empresas por cada segmento de mercado, que atuem em licitações obviamente, que seriam as duas fraudadoras.

Atento a essa situação, o Tribunal de Contas de União julgou, em plenário, o Acórdão 754/2015. Trata-se de um longuíssimo julgado, que versa sobre várias condutas individuais, porém, em determinada altura, vai discorrer sobre o uso do princípio da proporcionalidade, no sancionamento das empresas, que incidirem no artigo 7º, da Lei do Pregão¹⁶.

Marçal Justen Filho concorda com o uso da proporcionalidade, na aplicação de sanções administrativas:

Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais aos preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é o dever do aplicador dimensionar a extensão e intensidade da sanção aos pressupostos de

¹⁵ Lei Federal n.º 10.520/2002. Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁶ Inclusive, o Estado do Rio Grande do Sul, cita esse precedente do TCU, como fundamento legal para o sancionamento de empresas que participam em pregões eletrônicos, na norma de procedimento nº 004/2016, que serve de base para a norma de procedimento nº 006/2016, ambas da CELIC – Central de Licitações, vinculada à Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão.

antijuridicidade apurados. O tema traz à lume o princípio da proporcionalidade. (2014, p. 1.141/1.142).

Acontece que, o Tribunal de Contas da União, no anseio de coibir fraudes em pregões, expôs dois entendimentos, totalmente equivocados. O primeiro deles é que não se pode utilizar o mesmo critério de proporcionalidade das sanções da Lei de Licitações, nas punições aplicadas com base na Lei do Pregão:

Em face dessas considerações, dada a singularidade da modalidade pregão, entende-se que é inadequado comparar, sob o aspecto da proporcionalidade, a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão – impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública – com as demais punições previstas na Lei Geral das Licitações. (2015, p. 54).

O argumento seria no sentido de que a modalidade do pregão é mais célere e simples, e que o privado se beneficia disso, logo, é razoável ser mais exigente com as concorrentes. Todavia, esse conceito não pode ser lido em absoluto, até porque contraria a doutrina de Justen Filho, citada no próprio Acórdão:

Aplicam-se ao caso as considerações realizadas a propósito das sanções previstas na Lei nº 8.666. A seriedade dos licitantes e do particular contratado é essencial para o êxito do modelo de contratação administrativa. Essa questão se põe com maior intensidade ainda nos casos em que se opta por pregão. É que o procedimento simplificado não comporta maior indagação acerca da idoneidade do licitante. Por isso mesmo, existe o risco de aventureiros lançarem-se em busca da contratação. É essencial a estipulação precisa e determinada de sanções para tornar previsível, inquestionável e irreversível a punição a situações dessa ordem. (2013, p. 95).

A construção teórica do Tribunal de Contas da União está equivocada. Mais ou menos rigor da autoridade nas sanções, não pode ser transmutado na violação da regra de proporção entre a conduta ilícita, e retribuição. Isso é um critério de justiça. Segundo Patrícia Nohara (2015, p. 116/123), a utilização da razoabilidade, com guarda na prudência, é indispensável na licitação, diante do fato que é procedimento formal, o que exige a avaliação, em todas as etapas, que os meios são adequados e necessários para a finalidade do certame.

Outro equívoco é a dispensabilidade de aferição no dolo da conduta. Esse posicionamento está totalmente equivocado, porquanto permite a responsabilização objetiva do licitante, sem elemento subjetivo (fique claro que o Acórdão ressalva essa conclusão em relação às condutas criminosas – p. 55).

A doutrina de Justen Filho, altamente usada pelo Tribunal de Contas da União, é contrária a esse entendimento, no sentido de que deve ser feita uma análise, ao menos superficial, da existência do elemento subjetivo:

Deverá averiguar-se a culpabilidade do sujeito e a dimensão da infração ao dever de diligência. Deverá reputar como ausente o elemento subjetivo quando o erro for escusável ou as circunstâncias evidenciarem que o sujeito atuara com a cautela normal a todo empresário. Não é necessário, no entanto, um elemento similar ao dolo. Não há necessidade de que o sujeito tenha consciência acerca da ausência do documento e que esse resultado tenha sido antevisto com precisão e livremente por ele desejado. Basta uma situação equivalente à culpa, correspondente à negligência. (2013, p. 248).

O entendimento do Tribunal de Contas da União faz sentido, quando tenta ditar a conduta da União Federal, nos pregões, e, por consequência, dos Estados e Municípios, que também o utilizam como fonte interpretativa de normas, a fim de aumentar o rigor da administração, bem como coibir condutas que prejudiquem o bom andamento dos certames. Contudo, as conclusões do Acórdão levam à compreensão de que basta que uma conduta do artigo 7º, da lei do pregão, seja praticada, que a empresa deve ser punida exemplarmente, independente de dolo, e sem nenhum cuidado com a proporcionalidade. A situação é agravada, por exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, em que o artigo 28, da lei estadual n.º 13.191/2009¹⁷, amplia o rol de condutas da lei federal, acentuando a desproporcionalidade entre a irregularidade cometida e a sanção a ser aplicada.

Por derradeiro, o acórdão do Tribunal de Contas da União, consolidou que as sanções são aplicáveis em todas as etapas do pregão, pouco importando se a conduta foi perpetrada na fase de propostas, habilitação, ou execução do contrato (Acórdão TCU 754/2015, p. 55). O rigor adotado pelo Tribunal de Contas da União não coaduna com os critérios propostos pelo princípio da proporcionalidade, o qual, como dito, é aplicável no âmbito de julgamentos administrativos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já anulou punições aplicadas pelo Poder Executivo, com base nesse entendimento:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AÇÃO ANULATÓRIA. PREGÃO ELETRÔNICO. NÃO APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA FINAL NO PRAZO. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. APLICAÇÃO DE MULTA E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Não há qualquer

¹⁷ Lei n.º 13.191/2009, do Estado do Rio Grande do Sul. Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com o Estado do Rio Grande do Sul, e será descredenciado, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

nulidade no processo administrativo, porquanto observados o contraditório e a ampla defesa, com intimação da empresa de todos os atos. 2. A não entrega no prazo da proposta é fato incontroverso nos autos, tendo a recorrente reconhecido, ainda na esfera administrativa, não ter sido possível enviar a proposta definitiva “por problemas técnicos e de rede” 3. O fato externo alegado como impeditivo do cumprimento do prazo – problemas de ordem técnica – não pode ser considerado para fins de afastar a aplicação da integralidade das sanções. A recorrente, segundo se extrai dos autos, participa de pregões eletrônicos de forma recorrente, tendo ciência dos trâmites e da necessidade de manter em funcionamento os sistemas necessários para a participação nessa modalidade de licitação. Vale dizer, podendo se beneficiar da agilidade e eficiência do pregão eletrônico, com redução de custos, já que desnecessário o comparecimento físico da empresa durante a fase preliminar, deve arcar com eventuais consequências negativas daí decorrentes. 4. Se por um lado não há como afastar a integralidade das sanções apresentadas, já que houve, de forma inequívoca, o descumprimento de regra prevista no edital, o impedimento de contratar e licitar com o demandado mostra-se desproporcional à conduta perpetrada, especialmente porque praticada antes da formalização da contratação. 5. Apelo parcialmente provido, a fim de afastar tão somente a aplicação da sanção de impedimento de contratar e licitar, sendo mantida a pena de multa. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70082551409, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 26-09-2019).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE PENA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. 1. [...]. 2. As infrações praticadas pela empresa não envio da proposta final atualizada por meio eletrônico e a planilha de custos e formação de preço no prazo estabelecido, não envio por meio físico da documentação para habilitação e da proposta final assinada e atualizada no prazo estabelecido, bem como a ausência de apresentação da comprovação de registro na ANVISA do produto licitado, bem como da comprovação de autorização de funcionamento da empresa em que pese admitam punição, não há expressão de má-fé a autorizar a aplicação de medidas irrazoáveis e desproporcionais. 3. Embora seja o ato administrativo revestido de legitimidade, a penalidade de impossibilidade de contratar com a Administração pelo prazo de seis (6) meses, além de desproporcional, acarretará danos de difícil reparação à empresa, notadamente diante da grave crise econômica vivenciada pelo país e de ser a principal forma de faturamento da empresa contratação com o Poder Público. 4. Sentença modificada. Sucumbência invertida. 5. Inaplicável a majoração da verba honorária na forma do artigo 85,

§11, do CPC, uma vez que não foram fixados honorários sucumbenciais na instância ordinária em favor do apelante. Precedente do ST. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70080866635, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 24/04/2019).

O princípio da proporcionalidade é um critério inarredável de justiça e de ponderação, que não pode ser ignorado pelo Tribunal de Contas da União, e pela administração. O anseio de coibir condutas ilícitas, que prejudiquem o bom andamento dos pregões, não pode ser transmutado na perseguição de concorrentes. Considerando ainda, que, dentro da lista de punições possíveis, consta, até, a proibição de contratar com o Poder Público, que, por consequência, pode levar à falência empresas cujo único segmento é contratações públicas.

A justa razão entre a irregularidade cometida e a sanção aplicada deve ser respeitada. Um meio termo deve ser estabelecido, mesmo que isso crie um ambiente arriscado para subjetivismos. Segundo Nohara (2018, p. 203), a razoabilidade pode ser interpretada como um aspecto da própria legalidade, porquanto ela que confere legitimidade à decisão, pois, do ponto de vista hermenêutico, as opções decisórias irrazoáveis podem ser excluídas, da mesma maneira que as imorais e ilegítimas.

A administração possui garantias aos servidores, como inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, que asseguram a idoneidade dos julgadores vinculados às autoridades licitantes. O que não pode ocorrer é o Tribunal de Contas da União, recomendar a responsabilização objetiva, com altíssima severidade, a todos os casos previstos em Lei, como se todas as circunstâncias fáticas fossem iguais umas as outras, desprezando critérios mínimos de justiça, sob o frágil argumento de que o rito do pregão beneficia as empresas participantes.

A garantia do contraditório e da ampla defesa não é suficiente. O licitante deve ter a expectativa idônea de um julgamento legítimo, que afira a proporcionalidade e o dolo da conduta, ao menos, superficialmente, como defende Marçal Justen Filho, ou seja, a realização do devido processo legal substancial. Do contrário, os Tribunais de Contas e os julgamentos administrativos, serão transformados em instâncias de injustiças, e acabarão restringindo a possibilidade da seleção da proposta mais vantajosa pela administração, pois o excesso de punições culminará na redução de empresas interessadas em contratar com o Poder Público, além de abarrotar o Judiciário com demandas visando a desconstituição de punições ilegalmente aplicadas.

4. Conclusão

A administração não pode cometer abusos sob o argumento de que as empresas são beneficiadas pela objetividade da Lei do pregão. O argumento de que o rito é mais simples, e isso seria favorável às empresas, não pode servir de égide para punições com efeitos simbólicos, sobre empresas que participam de pregões.

O princípio da proporcionalidade é um critério de ponderação na aplicação de qualquer tipo de punição, até de difícil fundamentação, porquanto envolve, de fato, a análise do justo ao caso concreto, pela observação do meio termo. Da mesma forma, a consideração do dolo e da culpa, é um mínimo do devido processo legal, que não pode ser simplesmente ignorado pelo Tribunal de Contas da União.

A Corte de controle externo da esfera Federal pode, e até deve, ser rigorosa, na sua atividade. Todavia, não pode descurar critérios de justiça sob o argumento vazio de que as empresas tem o benefício da lei do pregão, logo elas devem ser mais cuidadosas; a finalidade da lei, inclusive, era ser mais benéfica à administração, promovendo a desburocratização e a celeridade nas contratações públicas. No aspecto de coibir a prática de “coelho”, o fundamento é ainda mais inidôneo, porquanto empresas que sequer cogitam tamanha ilegalidade, pois honestas, são prejudicadas, violando o princípio da individualização da pena.

O Tribunal de Justiça gaúcho já reconheceu, exatamente, o contrário do Tribunal de Contas da União, impondo o princípio da proporcionalidade como critério de ponderação na dosimetria das sanções administrativas decorrentes da lei do pregão. Isso confirma como a Corte de contas está equivocada, e age em abuso. Deve ser observada, em punições de qualquer natureza, a justa razão entre a irregularidade cometida e a sanção adequada, dentro do binômio necessidade-adequação, e da vedação ao excesso.

5. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Carlos Mauricio Lociks de. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do TCU. In. **Revista do Tribunal de Contas da União - v.1, n.1 (1970-)**. Brasília: TCU, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LAUS, Audrey dos Santos. A sanção administrativa ambiental e o princípio da proporcionalidade. In. **Revista Novos Estudos Jurídicos da UNIVALI, v. 9, n. 2, p. 417-434**. 2014.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

- NOHARA, Irene Patrícia. In. **Tratado de Direito Administrativo. Licitações e Contratos Administrativos. Vol. 6.** DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) 1 ed. em *e-book* baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.** São Paulo: Atlas, 2013.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico.** 5.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.